HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	サイバー時代におけるプライバシーの法理論 （6） ： 私法上の問題を中心に
Author(s)	角本, 和理
Citation	北大法学論集, 69(4), 1-56
Issue Date	2018-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/72061
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol69no4_01.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

サイバー時代におけるプライバシーの法理論（六）

――私法上の問題を中心に――

角本和理

目　次

序章
第一章　日本民法学におけるプライバシー理論の到達点と課題
　第一節　プライバシーの権益に関する判例法理

（以上、六七巻四号）

第二節　プライバシーの権益に関する民法学説
第一款　プライバシー概念不要説
第二款　プライバシー概念肯定説（一元的構成）
第三款　プライバシー概念肯定説（二元的構成）
第四款　プライバシー概念肯定説（多元的構成の萌芽）（以上、六七巻五号）
第五款　プライバシーの法的保護の限界
第六款　近時の理論動向
第三節　本章の総括と若干の検討――従来の研究に残された課題
第四節　プライバシーの法的保護のあり方に関する一仮説――次章への橋渡しとして（以上、六七巻六号）
第二章　実社会のサイバー化とエツィオーニのプライバシー理論
第一節　はじめに
第二節　リベラル・コミュニタリアニズムのプライバシー理論
第三節　サイバーネーションによる侵害の規制
第四節　人工知能（ＡＩ）の活用・統御の方向性（以上、六八巻五号）
第一款　ＡＩ後見者
第二款　ＡＩを活用したプライバシー保護・私的選択の補佐
第三款　エツィオーニらの主張の小括
第四款　リバタリアン・パターナリズムとの比較（以上、六九巻二号）
第五節　本章の総括と若干の検討――日本法への示唆
第一款　民法学上の判例・学説との比較
第二款　プライバシーの理論的再構成の動きとの比較
第三款　本稿の提示した課題に対する応答性（以上、本号）
第三章　若干の考察――情報のサイバーネーションとプライバシー

第四款　リバタリアン・パターナリズムとの比較

ここでは、AIを活用した私的選択補佐に関するエツィオーニらの議論を相対化するために、キャス・R・サンスティーン（Cass. R. Sunstein）の議論――特にそのうちの、リバタリアン・パターナリズム[1]にかかわる主張――との比較検討を行う。サンスティーンは、エツィオーニらに先駆けてビッグデータ分析（を行うAIシステム）を公共政策や民間のサービスへ導入することの意義と課題を論じている。

本款では、以下、リバタリアン・パターナリズムに関するサンスティーンの議論を略述し、その（日本における）評価を確認したうえで、エツィオーニらの議論との比較を行う。

一　リバタリアン・パターナリズムとは

既述の通り、人々の消費行動等に関する大規模なデータセット（ビッグデータ）の助けを借りることで、商品やサービスの提供業者は、ある人物もしくは当該人物と類似する人々の好みの傾向を容易に把握できるようになっている。そのため現代では、事業者等は、人々について知っていることに基づいて、また人々が過去に行った選択の総合的な理解、すなわちプロフィールないしプロファイルに基づいて、当該人物だけに合わせた商品選択等のためのデフォルトを設定できるようになっている。

このように、多くの事業者等が人々の選好に合わせたデフォルトを用意し、様々な場面で選択に関する高度な自動性を提供する状況について、サンスティーンは積極的に評価する。その姿勢は、著書『選択しないという選択』の序論の最初のパラグラフに明確に示されている。

「選択できるということは多くの場合、途方もない利益をもたらす一種の恩恵であるが、同時に多大な負担を強いる一種の災いにもなりうる。時間と注意力は貴重であり、たとえ自分の利益や価値が脅かされるとしても、すべてに注意を向けてはいられない。自分に影響を及ぼすあらゆるものごとについて選ばなければならないとしたら閉口するだろう。学習は高くつくことがあり、つねに楽しいとは限らない。ときには選択しないことを選択して自由を行使することで、われわれの福祉が向上することもある。選択しないという選択によって自分のための時間と空間が生まれ、本当に関心のあることに注意を向けられるようになる。[2]」。

このような発想を前提に、サンスティーンは、行動経済学の知見（人は必ずしも合理的な存在ではなく、その選好は正しい情報に基づくものでもないため、しばしば選択を誤ること）を活用し、個人の選択の自由を害しないよう配慮しつつ、選択の結果が福祉を増進するように、選択アーキテクチャ（選択肢の構造）[3]によって人々をうまくナッジすること（そっと注意や合図をすること）[4]でより良い判断を促すことを提唱するのである。この選択アーキテクチャないしナッジの活用の場面として念頭に置かれているのは、ダイエットになる食事の選択、年金・投資・信用市場、社会保険、処方薬、臓器移植、環境保全運動、災害時の避難、学校の選択等と、幅広い。

サンスティーンの主張するリバタリアン・パターナリズムは相対的に弱く、ソフトで、押しつけ的ではない形のパターナリズムであるという[5]。その主張に含まれるリバタリアン的要素は、「人は一般に自分がしたいと思うことをして、望ましくない取り決めを拒否したいなら、オプト・アウト（選択の拒絶）をする自由を与えられるべきである[6]」とするところに表れる。彼によると、リバタリアン・パターナリストは人々が思い通りに行動できるようにしたいと考えているのであって、自由を行使したいと思っている人に重い負担をかけようとは考えていないという。

また、そのパターナリズム的要素は、「人々がより長生きし、より健康で、より良い暮らしを送れるようにするため

には、選択アーキテクト（引用者注：政策立案者やプログラマー等、選択肢の作成者）が人々の行動に影響を与えようとするのは当然である」[7]とするところに表れている。個人は様々なケースで、もし十分な注意を払い、完璧な情報をもち、非常に高い認識能力を備え、自制心を完璧に働かせていたなら、しなかっただろうと思われるような間違った意思決定をすることがある。そのような事態を未然に防ぐため、サンスティーンは、民間部門の組織だけでなく、政府も自覚的な取り組みを進めて、人々が自分たちの暮らしが良くなるような選択をするように誘導するべきだと主張しているのである[8]。

このように、リバタリアン・パターナリズムでは、選択の自由が妨げられているわけでも、選択肢が制限されているわけでも、選択が大きな負担になるわけでもないため、その強制性は必ずしも高くはない。しかし、人々の多くの選択につき、公（国家）と私（市場）のナッジを活用することを積極的に主張するため、その介入の度合いは決して小さくはない。

二　想定される典型的な批判

このようなリバタリアン・パターナリズムに対する批判の典型例として考えられるのが、人々の能動的な選択を重視する立場のものである。この立場によると、人々の（ナッジされることのない）能動的な選択は学習を促し、したがって選好、価値観、嗜好の発達を促すため、個人にとって肝要なものとなる[9]。

例えば、ジョン・スチュアート・ミル（John Stuart Mill）は「個性の自由な発展は、福祉に欠かせない主要な必須要素の一つである」という重要な主張をしており、実のところそれは「文明・知識・教育・教養といった言葉であらわされるものと並ぶひとつの要素にとどまらず、そのすべてに必要な要素であり、必要な条件でもある」と考える必要性

を力説している。[10] ミルはつぎのように指摘する。慣習に順応するだけでは「人間のみに与えられた資質のいずれについても、自分の内部で育成・発展させることができない。洞察力、判断力、識別力、学習力、さらには道徳感情をも含む人間の諸能力は、選択を行うことによってのみ鍛えられる。何ごとも慣習にしたがう者は、選択を行わない。最善のものを見分けたり、最善のものを望む力が、少しも育たない。知力も精神力も、筋力の力と同じく、使って初めて向上するものだ。[11]」。

これに対し、サンスティーンが擁護するデフォルト・ルールは、ミルがとくに心配した慣習の繁栄と看做すことができる。[12] ゆえに、デフォルト・ルールの活用が行き過ぎると、個人の尊厳が危うくなる可能性がある。[13]

このようなミルの発想のいわば延長線上として、人々が知を必要とする作業をインターネットや人工知能の自動的処理に任せると、人間を人間たらしめていた要素に重大な変革が起こるとの指摘もある。[14]

このような批判に対し、サンスティーンはどのように応答するのだろうか。

三　サンスティーンの応答

ビッグデータの活用によって、企業や政府が個々人に適した細かなデフォルトを設定できるようになってきたことで、今後は、個別化されたデフォルトの活用が一般的になってくる。すると、場合によっては確かに、人間性のあり方そのものが不当に変容しうるだろうことを、サンスティーンも問題視する。

そこで、サンスティーンは次のように応答する。すなわち、デフォルトの弊害を防ぐためには、個々人の選好に合わせて個別化されたデフォルトだけではなく、おおよそ個別化されていないデフォルトや能動的選択の必要な選択肢も選択アーキテクチャに含める必要がある。しかし同時に、「選択しないという選択」の自由――つまり、個別化されたデフォ

ルトに任せる自由――も確保されなければならない。また、選択アーキテクチャの構築に当たっては、セレンディピティ（serendipity, 思わぬものを偶然発見すること）という要素も重要となると主張する。[15]

以下、これらの点に関する彼の議論について、より詳細に検討していく。

三―一　選択アーキテクチャの複合的活用

（一）個別化していないデフォルトを活用すべき場合

まず、個別化していないデフォルトを活用すべき場合として、サンスティーンは、関連する集団が多様でない場合、選ぶことを楽しめない場合、個別化していないデフォルト・ルールが構成員の情報に基づいた選好を満足させる場合を挙げる。[16]

このような状況では、個別化していないデフォルト・ルールは福祉を増進するという意味でうまく機能する。根本にある問題が複雑でなじみがない場合、能動的選択は利益ではなく負担となるかもしれない。その限りにおいて、デフォルト・ルールを支持する論拠が補強される。これに対し、デフォルトを活用することを制限する主な要素は、学習と行為主体性が重要ならば、どんな種類のデフォルト・ルールの利用にもかなりの反発が起こることである。

（二）能動的選択を活用すべき場合

次に、能動的選択を活用すべき場合として、サンスティーンは、集団が相対的に多様な場合、選択することが実際に（楽しいため）好まれる場合、学習と行為主体性、選択能力の開発が重要である場合、官民の組織が信用できない場合、どのデフォルトが最適であるかについてのまともな情報がない場合を挙げる[17]

これらの条件のいずれかが該当すれば、個別化していないデフォルト・ルールに反対し、能動的選択を支持する論拠となる。すべての条件が該当する場合、その論拠はかなり強力になるとする。

（三）個別化したデフォルト・ルールを活用すべき場合

最後に、個別化したデフォルト・ルールを活用するために有力な論拠となる場合として、サンスティーンは、集団が相対的に多様な場合、選択が利益ではなく負担となる場合、個別化したデフォルトが正確である場合を挙げる[18]。人間は多様なので、個人に対応することはおおいに利益をもたらすはずである。選択が歓迎されない負担となる場合、能動的選択を支持する主張は弱まる。少なくとも選択アーキテクトが情報を持っていて、しかも信用できる場合、個別化したデフォルト・ルールは「一つですべてに対応」するデフォルトにかかわる問題を小さくし、能動的選択の利益の多くをもたらす可能性がある。選択アーキテクトが信頼できるなら、個別化したデフォルトをつねに支持するもっともな論拠となるが、その主張は学習と行為主体性が重要である場合に覆されるかもしれない。

以上が、サンスティーンの考える、選択アーキテクチャの組み合わせのあり方である。

三―二　セレンディピティ・アーキテクチャの活用

また、このような学習や行為主体性の問題への対応策としては、以上のようなデフォルト・ルールの複合化に合わせて、セレンディピティ・アーキテクチャの活用も求められると、サンスティーンは考える。この点、セレンディピティとは何かについては、大都市での生活を想起するとわかりやすいという。大都市は偶然の出会い（セレンディピティ）

に溢れており、そこでは、多様な人々、建物、店、製品、芸術と出会うことができる。[19] なかには耳障り（目障り）なものもあり、不愉快だと思うこともあるかもしれないが、それらは人々の一日だけでなく人生さえ、結果的に変えるかもしれないという意味で、大きな影響力がある。[20]

このセレンディピティはいくつもの領域で優れた価値を持つと、サンスティーンは主張する。[21] 要するに問題は、デフォルトが過去の選択に基づいて選定される場合、そのデフォルトにずっと従っていると、個人の成長が妨げられるかもしれないことなのである。人々の体験が過去の選択にあわせて作られている場合、当該人物のデフォルトは個別化されていて、それはとても便利だが、新しい嗜好、選好、価値観を養う余地は随分少なくなるだろう。このような事態を防ぐために、セレンディピティ・アーキテクチャの活用が期待される。

この点、コミュニケーション全般に関していえば、多くの人が制御アーキテクチャに関連する懸念を表明してきた。サンスティーンも、文化と政治がかかわる範囲で、自分がすでに賛同した意見や考えとだけ出会う、個別化した「共鳴室（エコー・チャンバー）」は、個人と社会の両方に害を及ぼすおそれがあることを指摘してきた。[22] 個人に対する害は学習機会の欠如から生じる。視野が狭くなると、人の成長は妨げられることがある。社会的な害は、自分が賛同する相手、あるいは少なくとも共感できる相手の意見だけを聞くことを主な理由として、人々が互いに分断されることによる潜在的な断絶から生じる。個人および社会的な観点から、セレンディピティ・アーキテクチャは制御アーキテクチャよりもかなり有利であるとサンスティーンは主張する。[23] というのは、セレンディピティ・アーキテクチャは、明確に選択していないあらゆる種類のものごとと確実に出会えるよう構築されるからである。それは人々の視野を広げ、生活を変える可能性がある。

四　プライバシーに関する問題への対処

デフォルトが人々の過去の選択に基づくとしたら、プライバシーについて深刻な懸念が生じることになる。なぜなら、当該人物に適したデフォルトを作成するということは、その人物のプライバシーを暴くことに自ずとつながるかもしれないからである。

この問題について、サンスティーンは次の問題を区別しなければならないとする[24]。第一に、ある選択アーキテクトは、顧客の過去の選択について、ただ知っているだけかもしれない。顧客が彼らのサイトを訪れたり、そこから商品を買ったりすれば、そういった情報を知られることは避けられないと思われる（ただし、データの保持の問題はあるかもしれないという）。第二に、そうではなく商取引の結果（あるいは単に閲覧の結果）、そのような情報を得ている選択アーキテクトは、顧客の選択に関する情報を誰かに提供するという、その先の行動をとるかもしれない。

後者のような情報の提供について、一つの見方としては、有益な相互作用を促すので熱心に歓迎すべきであるというものも考えられる。それによって企業は個々人が気に入りそうな商品やサービスを提供できるようになるからである。しかしこれに対し、この手の情報の共有や提示に反対する消費者が多いであろうことも、容易に想像できる。そこで、サンスティーンは、このような顧客が反対するなら、こうした情報の共有はなされるべきではないし、そのようなことは起こらないと保証してもらうべきであるとする[25]。

ただそうすると生じ得る問題として考えられるのは、情報共有の禁止によって個別化したデフォルトの生成が難しくなることである。そこでサンスティーンは、（プライバシーが本当に重要な価値なのであれば、という限定付きであるが）次のような方向性を示唆する。すなわち、選択アーキテクトはプライバシーそのものに関して、能動的選択または個別化したデフォルト・ルールのいずれかを採用し、何らかの懸念がある場合には、本人がそうしたいという意思を明示し

ないかぎり、本当に重要なプライバシーの権利を諦めなくてもよいように、能動的選択を採用する。プライバシーに関しては、集団内の不均一性が大きく、また選択アーキテクトの側で利己的な判断を下すリスクもある。以上のいずれも、能動的選択を支持する論拠となる。このように、サンスティーンは、プライバシーの問題についても、個々人の選択を重視する方向性を採用する。

五　サンスティーンの主張に対する評価

ここでは、以上のようなサンスティーンの議論に対する評価を（日本の基礎法学の観点からのそれを参照しつつ）検討していく。

第一に、サンスティーンの構想には、かかる制度設計を担うのは誰なのか、という問題が残る。大学等の研究者、民間企業やシンクタンクの職員、専門知識を有する行政官、等々、善意の設計者と想定されるのが例えどのような類の人々であろうと、「なぜ、どのような正当性の下で、そうした人々に選択肢の設定（すなわち、それ以外の選択可能性の排除）の権限が委ねられるのか」という問いを回避することはできない[26]。選択環境の設計が結果に影響を与えることができるのであれば、何を選択するかのメタ選択についても影響を及ぼすことができるため、選択しないという選択（デフォルトに任せる自由）は中立的になし得るのかを疑問視する見解もある[27]。そこで、サンスティーンの主張にも拘わらず、政府によるパターナリズムは決して不可避ではなく、政府の中立性（結果の平等の実現ではなく、活動の理由における中立性）を要求し、その理由として、そのようなことはそもそも政府の仕事ではないと主張する批判がある[28]。

次に、サンスティーンは、公的・私的な決定が陥る誤りの可能性を広く視野におさめながら、それに即した（もしくはそれを抑制できる）意思決定の戦略や環境を構想し、検討しているが、そこでは行政機関の過誤や失敗への言及がほ

とんど見当たらないとする指摘もある。そのため、サンスティーンの視野に行政機関の可謬性が十分に入ってないとすれば、彼の議論の射程は限定して捉えなければならないことになる。[29]

また、彼は、十分な情報と判断能力さえ与えられれば、また人々の認識と判断を曇らせ、熟議を暴走させる心理的傾向が矯正されれば、必ず「正解」を得ることができるような問題として、統治上の諸問題を思い描いているように見える。しかし、この様な限定はあまりにも狭すぎるのではないか、との批判がある。なぜなら、社会の統治に関する諸課題は、一方で経験的・形式的な合理性の探求としての側面を持つと同時に、それには還元できない――仮に情報や時間、決定主体の能力について理想的な条件が満たされたとしてもこれに合理的な回答を与えることはできない――側面を備えているからである。[30]

さらに、サンスティーンは、人間の犯す過誤や失策を合理性からの逸脱と捉え、原則的に矯正可能であり、またより合理的に考えることができる者がこれを矯正すべきだと考えているように見受けられる。しかしながら、この点については、不合理であるとされる行動が合理的でありうることもあるという批判と、人が解決を迫られる実践上の問題は必ずしも合理的な最適解の追究として捉えられるものばかりとは限らないという批判がある。それぞれについて、以下順に検討する。

まず、前者の、不合理であるとされる行動が合理的でありうることもあるという点に関する批判は、次のようなものである。[31]

第一に、コミットメントとか義務感といったものは、たとえ行動者の利益に寄与しなくても――さらにいえば誰の利益にも寄与しなくても――人間の行動の中で重要な役割を果たし得る。ある行為者は何らかの掟によってある行為を行うべき義務を負っていると感じて実際にそう行動するかもしれない。そのような行動は帰結主義的観点から見れば不合

理だろうが、義務論的観点からは合理的であり得る。たとえ何かの欲求が目的への手段としては不合理だとしても、その欲求が実現されることは行為者に本物の喜びをもたらし得る。その限りでその欲求の実現は合理性を持ちうる。

第二に、過剰な自信のような態度は認識論的な意味では不合理だが、実践的な意味では不合理とは限らない。なぜなら、我々はしばしば楽観主義に導かれて、実現の蓋然性が乏しかった事業を成し遂げる。その他にも、客観的な自己評価は自尊心を傷つけるといった理由から、生きていく上で冷静な自己認識よりも十分な根拠のない自信の方が有益なことは多い。

第三に、選好とか欲求といったものは、特定の人物が特定の具体的な状況の下で持つものである。このことを考えるならば、行動経済学の主張にある、惰性や保有効果や現状維持バイアスは不合理のあらわれとは限らない。人が慣れ親しんだものに多くの場合愛着を感ずるということは顕著な事実だからである。

また、後者の、人が解決を迫られる実践上の問題は必ずしも合理的な最適解の追究として捉えられるものばかりとは限らないという批判は、次のようなものである。回避や矯正もままならない個人的・集団的な過誤や失策を反復し、これをただ自覚的に受容し、抱えていくほかはない、というのが人の常態であり、その一部が解法や正解についての社会的合意を経て技術的解決の可能性を開かれることとなる。サンスティーンの議論は、後者のような技術的解決が可能な場面には有効だが、前者のような正解のない場面には対応しきれているとはいえない[32]。

以上のように、サンスティーンの見解に対しては、（一定の肯定的評価がなされるものの）根本的な批判も見受けられる状況にある。

六　エツィオーニらの方向性とサンスティーンの主張との比較

以上、本款では、ＡＩないしビッグデータ分析の活用に関するサンスティーンの所論とそれに対する批判を検討してきた。ここでは、彼の議論と本節第一款から第三款で検討したエツィオーニらの議論とを比較することで、エツィオーニらの議論の特徴と課題を浮かび上がらせることとしたい。

六―一　ＡＩによる選択の補佐に関する議論の焦点の違い

はじめに押さえるべきこととして、エツィオーニらとサンスティーンの議論には、焦点の違いがある。具体的には、エツィオーニらは、ＡＩを活用した選択の補佐をいかにＡＩで統御し、翻って個人の私的選択を有効に補佐するか、という議論を展開しているのに対し、サンスティーンは、まさにＡＩによる選択の補佐そのものについて、いかに活用するかを議論している。

このような議論の焦点の違いが生じている理由としては、エツィオーニらが、（明示的にその文献に言及しこれを批判するような形で検討するわけではないが）サンスティーンの議論を踏まえたうえで、その課題を克服するための議論を展開しようとしているからであろう。即ち、サンスティーンの見解には、選択肢の設計を行う権限が誰にどのような根拠で委ねられるのかに関する議論が徹底されていない。そのため、選択しないという選択が中立的になされ得るのか、その選択が何者かに操作されている場合、われわれに対応策はあるのかが疑問視されている。具体的には、選択を補佐するサービスを展開する事業者や、当該サービスのプログラマー、あるいは政府の促進したい価値観や、マーケティング企業や何らかの政治運動によって追求される目標によって、なす術もなく強く影響を受けることが警戒されているのである。このような課題を解決するために、エツィオーニらは倫理ボットによるＡＩの監督を主張し、ＡＩによる私的選択補佐の妥当性を、サービス利用者の選好に照らして判断すべきとしているのである。そしてその個人の選好にはコ

ミュニティの影響が含まれているということを一定程度肯定的に捉えることで、公（国家）・私（市場）の領域におけるナッジの活用の問題に、コミュニティの観点を含ましめようとするのである。

六―二　AIによる選択の補佐を積極的に活用する範囲の違い

エツィオーニらがAIによる選択の補佐を積極的に活用するのは、法による規制の存する領域と、個人の選択に委ねられた領域を区別したうえで、個人の選択に委ねても「重大な害のない」場面についてのみである。具体的には、臓器提供、寄附、ボランティア、エコに配慮した消費行動等の場面を想定しているようだが、「個人の選択に委ねても重大な害のない場合」とはどのような状況なのか、なお射程は不明確である。

一方で、サンスティーンがAIによる選択の補佐を活用すべきとする場面は、ダイエットになる食事の選択、年金・投資・信用市場、社会保険、処方薬、臓器移植、環境保全運動、災害時の避難、学校の選択等と、多岐にわたる。しかしそれによってかえって生じうる個人の成長の阻害という問題を防止するために、選択アーキテクチャを複合的に活用することで対象を絞ることを主張する。その中でも、個別化されたデフォルトを活用する場合は、個人の学習や行為主体性や成長にとって害があるわけではない場合で、集団が相対的に多様な場合、選択が利益ではなく負担となる場合、個別化されたデフォルトが正確である場合を挙げる。

このようなサンスティーンの議論は、エツィオーニの議論を相対化し、「個人に委ねても重大な害のない場合」をより明確にする意義があろう。

六―三　コミュニティの影響について

エツィオーニとサンスティーンの見解で大きな違いがあるのは、個人に対するコミュニティの影響の評価である。

一方で、エツィオーニは、個人の選好に対するピアプレッシャーについては、自律と秩序の逆転共生という限界を設けつつも、基本的には積極的に評価する。彼は、人間にとって核となる価値は、インフォーマルな社会のコントロールや、ピアプレッシャーや、コミュニティによって促進されると考えるべきであるとする。私的選択として個人に委ねられているもののうち、環境保全等の共通善に貢献し得る選択について、個人の選好をＡＩによって補佐することを志向する方向性だが、その個人の選好についても、コミュニティの影響があることが当然の含意である。

このようなエツィオーニの姿勢は、個人の選好を媒介として、コミュニティの価値観に配慮したデフォルトの設定の問題を議論しようとしていると捉えることもできよう。

他方で、サンスティーンは、コミュニティを国家や市場の問題に対処するものとして積極的に捉えるわけではない。基本的には、個人の判断・選択に悪影響を与えうるものとして措定しているように思われる。特に人々の選好が不正な慣行・ピアプレッシャーや法制度の強い影響下で形成されている場合、無批判にその充足を目指すことは、そうした慣行や制度の盲目的な是認に繋がり、間違いを追認し増幅するだけであると考える。そのため、サンスティーンには、コミュニティの価値観に配慮したデフォルトの追求という発想はないように見受けられる。

さらに、サンスティーンは、一方で各人の自由な選択を可能な限り認めつつも、他方で人間の行動バイアスを考慮に入れるため、極端にリスクの高い選択肢を周縁化するとか、穏健なオプションをデフォルトとして設定するといった仕方で複数の選択肢を設けたうえで、そこから、各人の幸福の最大化につながると思われる選択肢を個々人に選ばせるといった方向性を採用する。このような彼の姿勢は、コミュニティをア・プリオリに悪者として捉えているわけでは必ずしもないが、少なくともエツィオーニのように、コミュニティの影響あってこその個人であり、国家と市場の課題にコ

ミュニティを基軸として対応していくべきであるという発想を持っていないことは確かであろう。

このように個人に対するコミュニティの影響についてスタンスが異なる両者であるが、エツィオーニはコミュニティの影響を絶対視し、サンスティーンはコミュニティの役割を全否定する、というほど隔絶があるわけではない。サンスティーンは人々の選好が不正な慣行・ピアプレッシャーの強い影響下で形成されている場合を警戒するが、このようなコミュニティの個人に対する影響が強すぎる状況については、エツィオーニも問題視するところである。そのため、双方ともに、結局のところバランスが求められるとする発想は共通している。すなわち、サンスティーンの議論は、エツィオーニの「自律と秩序の逆転共生」という発想が想定する、秩序が強くなりすぎた場面における調整の一つのあり方として受け止めることもできよう。

六―四　ＡＩによる選択の補佐と社会の分断

個人の選択を補佐するＡＩを積極的に活用することに対しては、当該ユーザの選好が直接的に危害のある場合や、インターネットサイトのアルゴリズムの機能の（悪）循環によって人々が自身の価値観に閉じこもっていく問題につながり得る場合について、懸念する向きがあるだろう。

これに対して、エツィオーニらは、次のように応答する。すなわち、倫理ボットを活用し個人の選択を補佐することが推奨されるのは、基本的には、倫理的社会的な選択のうち、それに従うか従わないかが個人の選択に委ねられている領域のうち、「個人の選択に委ねても重大な害のない場合」に限られる。この点、このような主張の背後には、既述の通り、社会の分断を防ぐために個人のみならずコミュニティ間の平等をも希求する発想が横たわっている。そのため、たとえ倫理ボットが個人の選好をもとにＡＩのガイダンスを行うとしても、エツィオーニらがフィルターバブルのような状況

を無条件で善しとする立場ではないことについては、論を俟たないだろう。彼はそのような具体例として、富裕層が貧困層の生活の実態を知ることの重要性を強調するという、経済的な問題を最重要視する姿勢を見せている。しかし一方で、（アミタイ）エツィオーニがコミュニタリアニズムの観点を重視し、様々な価値観を奉ずるコミュニティが社会に併存することを善しとする立場であることにも留意が必要であり、個人の選択に委ねても「重大な害のない」場面とは具体的にいかなる場合なのか、本款六―二で多少検討したものの、なお残された課題となっている。

これに対し、サンスティーンも、文化と政治がかかわる範囲で、自分がすでに賛同した意見や考えとだけ出会う、個別化した「共鳴室（エコー・チャンバー）」は、個人と社会の両方に害を及ぼすおそれがあるとする。個人に対する害は学習機会の欠如から生じる。視野が狭くなると、人の成長は妨げられることがある。社会的な害は、自分が賛同する相手、あるいは少なくとも共感できる相手の意見だけを聞くことを主な理由として、人々が互いに分断されることによる潜在的な断絶から生じる。そこで、個人および社会的な観点から、セレンディピティ・アーキテクチャは制御アーキテクチャよりもかなり有利であるとサンスティーンは主張する。

このように、両者ともに、ＡＩの活用によって社会が分断することについては、問題視していると評価することができる。ただ、社会の分断を防ぐために人々が視野を広げる必要があるとして、その具体的場面としてエツィオーニが経済的格差に基づく価値観の分断を主として想定しているのに対し、サンスティーンはより広く、多様な価値観の交流可能性の途絶の問題を念頭に置いている点に留意が必要である。この違いがコミュニタリアニズムの観点をどれほど重視するかを示しており、ひいてはエツィオーニのいう「個人の選択に委ねても重大な害のない場合」の範囲を確定することに繋がると思われる。エツィオーニの立場は、コミュニティ間の文化的交流の結果、一方のコミュニティが奉ずる価値が他方の奉ずる価値によって不当に〝浸食〟される事態を、多文化主義的配慮から防止する可

能性を認めるものである。そのため、仮にエツィオーニの方向性にセレンディピティ・アーキテクチャを積極的に取り込むとしても、その採用範囲にはおのずと限界があり、その限界づけが「個人の選択に委ねると重大な害がある」場面であるからだと根拠づけられる可能性はあるだろう。

六―五　AIによる選択の補佐とプライバシー

人々の選好に合わせて個別化されたAIによって人々の選択を補佐したり、あるいはそのようなAIの挙動を、個々人の選好に合わせて調整するAIによって監督したりするようになると、当該サービス利用者のプライバシーが危険にさらされることになりかねない。

この点につき、エツィオーニらは、倫理ボットは全てのAIの監督につき委託されるのではなく、その利用にまつわるプライバシーリスクを上回る利点や利益が倫理ボットにあるとみなした者のみが利用することになるという。さらに、倫理ボットの利用を受け入れる人々は、彼らの選好を確定するために倫理ボットが利用する情報がすでに広範に利用可能となっている情報であることに留意する必要もあるだろうとする。既述の通り、民間企業は人々に関する情報ファイルを適法に有しており、倫理ボットはこのような情報を利用するよう構築される（べきである）とする。

他方、サンスティーンはこの問題を次のように考えている。データの（長期間の）保持の問題や、データの不正提供の問題が発生し得ることに言及したうえで、特に情報の提供については、顧客が反対するなら、情報の共有はなされるべきではないし、そのことにつき保証してもらうべきであるとする。ただその結果、情報の共有がほとんどなされなくなると、個別化したデフォルトの生成が難しくなる可能性がある。

そこでサンスティーンは、次のような方向性を示唆する。すなわち、選択アーキテクトはプライバシーそのものに関

して、能動的選択または個別化したデフォルト・ルールのいずれかを採用し、プライバシーについて何らかの懸念がある場合には、本人がそうしたいという意思を明示しないかぎり、本当に重要なプライバシーに関する権利を諦めなくてもよいように、能動的選択を採用する。プライバシーに関しては、集団内の不均一性が大きく、また選択アーキテクトの側で利己的な判断を下すリスクもある。以上のいずれも、能動的選択を支持する論拠となるという。

このように、本問題については、エツィオーニもサンスティーンも個人の（能動的）選択を重視する方向性を採用する。しかし、行動科学に関する議論の蓄積や、ＡＩの普及により、個人の自律の絶対性が激しく揺らいでいる昨今において、このような個人の選択・意思を最終的な根拠とすることの妥当性がどこまであるかは心許ない。彼らはこの課題を意識した研究をしている論者であるはずなのに、この場面で結局（一定の絞りをかけるものの）個人の選択に委ねる手法を採用したがゆえにプライバシーにまつわる法的争訟に至った際、いかなる対応をすることになるかについては、必ずしも十分に議論が尽くされているとは言えない。特にアミタイ・エツィオーニは、プライバシーの問題に関する消費者側の同意の意義の低下を問題視しているにもかかわらず、この場面でおざなりに個人の選択に依拠する意図については、（共著のオレンの見解が強く出てしまっているのかもしれないが）理論的な補強が求められているように思われる。

つまるところ、この場面においても、ユーザの同意について、安易な自己責任論に陥らないよう、改めて留意する必要があるのである。

（1）この点にかかわるサンスティーンの著作のうち、代表的なものとして、次のようなものがある。Richard H. Thaler & Cass. R. Sunstein, Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happines (Yale University Press, 2008)、邦訳として、リチャード・セイラー、キャス・サンスティーン（著）、遠藤真美（訳）『実践行動経済学　健康、富、幸福への聡

明な選択』（日経ＢＰ社、二〇〇九）、Cass R. Sunstein, Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle (Cambridge University Press, 2005)、邦訳として、キャス・サンスティーン（著）、角松生史・内野美穂（監訳）、神戸大学ＥＬＳプログラム（訳）『恐怖の法則　予防原則を超えて』（勁草書房、二〇一五）、Cass R. Sunstein, Choosing not to Choose : Understanding the Value of Choice (Oxford University Press, 2015)、邦訳として、キャス・サンスティーン（著）、伊達尚美（訳）『選択しないという選択　ビッグデータで変わる「自由」のかたち』（勁草書房、二〇一七）。

サンスティーンのリバタリアン・パターナリズムについて検討（言及）する日本の論考として、例えば、中山竜一「損害賠償と予防原則の法哲学――福島原子力発電所事故をめぐって」平野仁彦・亀本洋・川濱昇（編）『現代法の変容』（有斐閣、二〇一三）二六三頁以下、特に二七三頁以下、那須耕介「可謬性と統治の統治――サンスティーン思想の変容と一貫性について」同前書二八五頁以下、川濱昇「行動経済学の規範的意義」同前書四〇五頁以下、若松良樹「行動経済学とパターナリズム」同前書四四五頁以下、森村進「『リバタリアン・パターナリズム』へのコメント」同『リバタリアンはこう考える』（信山社、二〇一三）三六〇頁以下等。

さらに、まさにＡＩの活用と統御という観点からサンスティーンの議論について検討する日本の近時の論考として、例えば、成原慧「パーソナルデータとアーキテクチャの関係をめぐる試論――プライバシー・ナッジとプライバシー・バイ・デザインを題材にして」ＮＢＬ一一〇〇号（二〇一七）九頁以下、大屋雄裕「『権利の本性』からナッジへ――人格と自己決定の限界」ＮＢＬ一一〇〇号（二〇一七）一二頁以下等。

（2）サンスティーン（著）、伊達（訳）・前掲訳書注（1）一頁。

（3）選択アーキテクチャとは、政府の政策立案者や、私企業の商品・サービス・約款の制作者、何らかの治療法について患者に決断をせまる医者などが、人々に迫る選択肢の構造全般のことを指す。

（4）ナッジとは、他人に注意を喚起したり、気づかせたり、控えめに警告すること。選択を禁じることも、経済的なインセンティブを大きく変えることもなく、人々の行動を予測可能な形で変える選択アーキテクチャのあらゆる要素のことを指す。

（5）セイラー、サンスティーン（著）、遠藤（訳）・前掲訳書注（1）一七頁。

（6）同前訳書、一六頁。

（7）同前。また、パターナリズムに関する文献のうち法学研究として、澤登俊雄（編）『現代社会とパターナリズム』（ゆみ

る出版、一九九七）、中村直美『パターナリズムの研究』（成文堂、二〇〇七）等があり、他にも、政治社会学の観点からの近時の著作として、宮台真司（監修）、現代位相研究所（編）『統治・自立・民主主義　パターナリズムの政治社会学』（ＮＴＴ出版株式会社、二〇一二）等。

（8）セイラー、サンスティーン（著）遠藤（訳）・前掲訳書注（1）一六―一七頁。

（9）この点につき、森村進は、「リバタリアン・パターナリズムは選択行為を行為者の生涯全体を通じた効用最大化のための手段としてしか見ておらず、自分で選択するということ自体が本人に与える満足感や喜びを無視しているように思われる」と指摘する（森村・前掲注（1）三七二―三七三頁）。

（10）John Stuart Mill, On Liberty (2d ed., 1869)(1859), at 102. 邦訳として、例えば、Ｊ・Ｓ・ミル（著）、塩尻公明、木村健康（訳）『自由論』（岩波文庫、一九七一）等。ここではミル（著）、斎藤悦則（訳）『自由論』（光文社古典新訳文庫、二〇一二）の訳（引用部分は、同書一三六頁）に依拠している。

（11）ミル（著）、斎藤（訳）・同前訳書一四三頁。

（12）サンスティーン（著）、伊達（訳）前掲書注（1）一一二頁。

（13）ほかにも、森村進は、「政府が信教の自由を認めるが、ある宗教をデフォルト・ルールとして公立学校で当該宗教の教育を行い、生徒・学生が不利益なしにその授業に欠席するためには許可が必要だとするような場面では、柔らかいパターナリズムも許されてはならない場面であるとして、サンスティーンの方向性を批判的に検討する（森村・前掲注（1）三六三―三六四頁）。

（14）このような見解として、ニコラス・Ｇ・カーのものが挙げられる。その著作は、以下の通り。Nicholas Carr, The Shallows: What the Internet is Doing to Our Brains (W. W. Norton & Co. Inc.2010). 邦訳として、ニコラス・Ｇ・カー（著）、篠儀直子（訳）『ネット・バカ　インターネットがわたしたちの脳にしていること』（青土社、二〇一〇）。その続編として、Nicholas Carr, The Glass Cage : How Our Computers are Changing Us (W. W. Norton & Co. Inc.2014). 邦訳として、ニコラス・Ｇ・カー（著）、篠儀直子（訳）『オートメーション・バカ　先端技術がわたしたちにしていること』（青土社、二〇一四）。この点、カーは必ずしもミルの立場を擁護することを明確な目的としているわけでもない点には留意。

（15）サンスティーン（著）、伊達（訳）前掲書注（1）一一九頁、一七一―一七三頁。

（16）同前、二二〇頁。
（17）同前。
（18）同前、二二〇―二二一頁。
（19）このような観点を重視した街づくりの重要性について主張する者として、クリストファー・アレグザンダーがいる。彼の議論については、Christopher Alexander, A Pattern Language, Towns, Buildings, Construction (Oxford University Press, 1977). 邦訳として、クリストファー・アレグザンダー（著）、平田翰那（訳）『パタン・ランゲージ―環境設計の手引』（鹿島出版会、一九八四）。
（20）インターネットサイトにおけるセレンディピティの重要性を主張する者としては、他にも、イーライ・パリサーが挙げられる。パリサーは、クリストファー・アレグザンダーの見解に依拠しつつ、フィルターバブルによって我々が自分の持つものに近い情報にとらわれ、オンラインに存在する広大な可能性の世界を見ることができなくなることを危惧する（イーライ・パリサー（著）、井口耕二（訳）『フィルターバブル――インターネットが隠していること』（ハヤカワ文庫NF、二〇一六）二九八頁以下）。
（21）サンスティーン（著）、伊達（訳）・前掲訳書注（1）一七一頁。
（22）同前、一七三頁。また、Cass. R. Sunstein, Going to Extreames How Like Minds Unite and Divide (Oxford University Press, 2009), at 2.
（23）サンスティーン（著）、伊達（訳）・前掲書注（1）一七三頁。
（24）同前訳書、一八一頁。
（25）同前訳書、一八二頁。
（26）中山・前掲注（1）二七三―二七四頁。
（27）大屋・前掲注（1）一四頁。
（28）森村・前掲注（1）三六四頁。
（29）那須・前掲注（1）三〇二、三〇四頁。
（30）同前、三〇二―三〇三頁。

（31）森村・前掲注（1）三六六―三六七頁。
（32）那須・前掲注（1）三〇四頁。

第五節　本章の総括と若干の検討――日本法への示唆

以上、本章では、あらゆる人・物・事の情報をデジタル化して自動処理し、数多のサービスに応用せんとする時代におけるプライバシー（及び関連する）権益について考察するために、アメリカの社会学者アミタイ・エツィオーニの見解を中心に検討してきた。特に、第二節では、彼の拠って立つリベラル・コミュニタリアニズムの観点からのプライバシー保護のあり方を検討した。第三節では、それを前提とした、プライバシー保護の具体的な規制方法等について検討し、第四節では、発展著しいＡＩを活用したプライバシー保護・私的選択補佐の方向性を検討した。

本節では、それらの検討を踏まえたうえで、日本法への示唆を段階的に析出していくこととする。具体的には、まず、第一款で日本民法学のこれまでの蓄積に対する示唆を、第二款でプライバシーの権益の理論的再構成の動き対する示唆を、ひとまず簡潔に確認することにする。それらを踏まえたうえで、第三款において、本稿の提示した課題に対するエツィオーニの議論の応答性をより詳細に分析することとしたい。

第一款　民法学上の判例・学説との比較

ここでは、第二章において検討してきた議論が、日本民法学のこれまでの蓄積に対していかなる示唆を有するかを検

討する。

一　類型論に関する示唆

本稿で繰り返し言及するように、近年、情報の収集・統合・分析に関する技術（モノのインターネット、ビッグデータ分析、人工知能）が発展し、新たなＩＣＴが続々と実用化され始めている。具体的には、購買促進、信用度評価、自動運転、犯罪予測・治安対策、災害予測・避難誘導、医療診断・予測医療、気候変動・環境汚染対策、省エネ等に関する技術が挙げられる。このような技術の社会への浸透によって、①これまでデジタル化されていなかった情報もデジタル化され、②これまでは分散して存在していた情報が統合され、③人間の想像を超えたかたちで情報が分析されようとしている。そしてそのような技術が、スマートシティ、エコシティないしスマートホーム等というかたちで、街づくりに応用され始めている。

このような状況において、アメリカでは、これまでプライバシー侵害の類型論として長らく通用してきたプロッサーの四分類[33]――①他人の干渉を受けずに送っている私生活に侵入すること、②他人に知られたくない私的事項を公開すること、③ある事実を公開することによって他人に自己の真の姿と異なる印象を与えること、④氏名や肖像を他人が利得のために使用（盗用）すること――の限界がソロブによって指摘され、再構成が図られている。即ち、情報通信技術の発展した世の中にあっては、侵害類型を、①情報収集（監視、尋問）、②情報処理（集積、同一化、非セキュリティ状態、二次利用、排除）、③情報拡散、流通（守秘義務関係違反、情報開示、暴露、アクセス可能性の増大、脅迫、盗用、歪曲）、④侵襲（侵入、決定への干渉）、以上の四段階に再構成すべきであるとする[34]。

エツィオーニは、このようなソロブの問題意識を敷衍して、単なるプログラムないしシステムによる情報処理の態様

というよりも、そこでなされているのが人工知能による情報の自動処理であるという点を重視する。近時、人工知能技術の発達には目覚ましいものがあり、その結果として、社会のあり方そのものが抜本的に変化するのではないかとも目されるようになっている。そのことを踏まえると、エツィオーニは、ソロブの主張する「現代的な侵害態様に対応すべきである」という問題意識を受け止めたうえで、サイバーネーションという要素を重視することで、将来のさらなる技術発展を見越してプライバシー保護を論じているのである。

この点、日本の法実務においてこれまで問題になってきたのは、最高裁のレベルでは、人間の物理的な侵入、表現行為による暴露、情報の不正提供、情報システムの管理に関する事案である[35]。学説では、覗き見・侵入、マス・メディアやインターネット上の表現行為、情報収集の三類型が念頭に置かれている。

これら日本の裁判例や学説の類型論に対するエツィオーニの示唆としては、次の二点が挙げられる。すなわち、第一に、覗き見・物理的類型と情報分析類型のサイバー化への対応の必要性の提起、第二に、侵害主体としてのＡＩの前面化への対応の必要性の提起である。

まず、第一の点については、日本の伝統的な類型論は、ⓐ物理的侵入・覗き見、ⓑ表現による暴露、ⓒ国家・企業による情報収集と悪用のうち、ⓐとⓑを重視しており[36]、近時の民法上の研究も、結局のところ、このⓑの表現行為に関する領域にほぼ集中している。そのため、一般に「サイバー」といえば、「サイバースペース」＝「インターネット〝表現〟空間」を想定する傾向に尚あるといえる。これに対しエツィオーニは、現在はⓐとⓒの領域（実社会）において、サイバー化が急速に進展中であることを前提に、ⓐのサイバー化はⓒでの利活用が目的であるため、結局のところⓒについての検討が重要であることを教えてくれる。

次に、第二の点については、従来の学説はおおよそすべての見解が、結局のところプライバシーの侵害主体として、

人ないしその集団（企業、国家等）を念頭に置いてきたと評価することができる。[37] これに対し、これから問題になるのは、AIによる情報の自動処理をいかに統御するかなのである。

そのため、プライバシー侵害に関する物理的侵入・覗き見類型と情報収集・悪用類型の技術の発展による変化を踏まえ、AIによる情報処理を人間による情報処理とは別類型として括りだす必要がある。[38]

二　プライバシーの権益論（概念構成）に関する示唆

日本民法学においては、これまで、プライバシーの法的構成として次のようなものが試みられている。すなわち、一方では、概念を一元的に構成するものから、事案ごとに二元的に構成するもの、さらに自己決定権等近接領域の概念との整理を図る多元的構成が主張され[39]、他方では、概念構成に類型論を取り込むこと等によって重層性を持たせる見解もみられるところである。[40] このように、プライバシーの権益の内実について、日本の学説は一見多岐にわたるようにも思われるが、大勢としては一元的構成と二元的構成に分けられ、そのうちの「ほうっておいてもらう権利」と「自己情報コントロール権」の二元的構成が通説的見解であることを本稿では確認した。[41] これら多数説がプライバシー概念を多元的に構成する理由は、プライバシー概念がこれまで侵害態様に即してアドホックに構成されてきたため、一元的な構成では念頭に置く類型以外の事案にはうまく対応できないからである。

このような、プライバシーの概念構成に対して、エツィオーニの議論には示唆があるだろうか。

この点、彼はプライバシーを、情報の不当な二次的利活用（サイバーネーション）に対抗するための権益と位置づけている。[42] その今日における代表例は、AIによる情報の自動処理、特に行動ターゲティング広告や信用度評価によるセンシティブな情報の推測の問題である。この種の社会問題が新たな事案類型として捉えられるようになるのみならず、

侵害に適切に対応するために権益を再構成する必要性も生じている。この、不当なサイバーネーションに対抗する権益としてのプライバシーの内実や従来の権益との関係を、より詳細に詰めていかなければならない。この点については、エツィオーニの重視するプライバシー保護の四基準（センシティブさ、ボリューム、サイバーネーション、アカウンタビリティ）は、形式からのみ判断すれば、自己情報コントロール権説のそれに類似していると評価できる[43]。そのことから、エツィオーニの見解の日本民法学に対する示唆は、自己情報コントロール権構成をいかなるかたちで再構成することになるのか、という観点から評価されるべきである。この検討については、プライバシーの理論的再構成の動きを踏まえる必要もあるため、第三款にて行うこととする。

三　プライバシーの基点――個人基底的か、社会基底的か

プライバシーの権益を理解するにあたって基点となるのは、個人の価値観だろうか、それとも社会の価値観だろうか[44]。加えて、その個人なり社会は、争訟の当事者となっている具体的なそれを想定するべきか、あるいは、抽象的なものを想定するべきだろうか。また、その基点となる個人や社会の価値観にどこまで委ねてプライバシーを理解するべきだろうか。これらの点については、個人を起点としながら、何らかのかたちで社会性を含ましめる方向性が一般的である[45]。これに対し、社会基底的に捉える見解も有力に主張されており、この見解は、具体的な地域社会の価値観を参照する方向性を志向する[46]。

このような争点に関し、エツィオーニはまず、プライバシーを「詮索の免除に関する社会的認可を受けた領域」と定義する。なぜなら、プライバシー該当性について個々人の自由に完全に委ねると、公共的な価値が害される可能性があるため、その法的保護の根拠を、監視から自由でありたいと個人が考えることに対する社会の信頼に求めるのである。

このように、プライバシーの理解に当たって、エツィオーニは社会基底的な構成を採る。この点、「社会」の内実がいかなるものであるかであるが、彼はコミュニティ（家族、学校、地域社会等、様々な中間団体）の役割に着目する立場であるため、特に街づくり事案では、地域社会や家族が念頭に置かれていると評価することができる。

ここで重要になってくるのが、プライバシーの理解に当たって、どこまで地域社会等コミュニティの価値観に委ねるか、である。当初の彼の議論ではこの点については必ずしも詳らかではなかったが、近時の議論では、プライバシーの理解における地域社会の役割は、必ずしも全面的なものではないことが示されるに至っている。即ち、プライバシーの理解に当たって社会の影響が色濃く出るのは、プライバシー保護の四基準のうち、センシティブさの理解についてなのである。その意味で、エツィオーニの構成では、プライバシー保護に当たって、地域社会の価値観に完全に委ねる構成は採用していないということになる。しかしながら、コミュニティの役割が重要でないわけではない。エツィオーニの問題視するプライバシー侵害行為のひとつはセンシティブでない情報からセンシティブな情報を推測・特定する行為であり、その違法性を判断するにあたって、コミュニティの価値観が重視されることになるのである。そのため、この場面でコミュニティが果たす役割は、やはり重要なものであるといえる。

四　私生活性の重視の程度

プライバシーの権益を構成し、保護するにあたって、問題となっている情報が私生活領域のものかどうかをどの程度まで、あるいはどのようなかたちで意識するか。日本民法学におけるリーディングケースである『宴のあと』事件判決[47]は、問題となった表現内容が被害者の私生活に係るものであるかどうかを重視した要件設定を行った。これに対し、最高裁判例は、私生活性を重視するものもあれば[48]、社会生活上の平穏を保護するものもあり、判然としない[49]。学説でも、

『宴のあと』事件判決を重視する立場もあれば、最高裁の方向性を採用して、「平穏生活権」構成という、公の領域に部分的に拡張される構成を採用するものもある(50)。

この点、エッィオーニは、「詮索の免除に関する社会的認可を受けた領域」について、自身の構成に対する批判や事態の変化を踏まえつつ、次のように再構成する(51)。住宅内のプライバシー保護の重視によって、一方で家庭内暴力が隠蔽され、他方で家を持たない者への不当な介入を許してきたとするフェミニズムの議論を踏まえつつ、あわせて、急激な技術発展の時代においては、人がどこにいたかということ自体は重要ではなくなっているとして、物理的空間の保護ではなく、どのような情報がどの程度集められどれくらい処理されているかという、そういう意味での「個人的な領域」の保護を徹底する必要があるとする。

このようなプライバシー理解は、その法的保護に当たって、いわゆる「私生活性」を最重要視するものではないといえる。ただ、そうはいっても、「私生活性」を全く顧慮する必要性がなくなるわけではないだろう。情報のセンシティブさを判断するにあたって、その機微度が私生活性に由来することはしばしばあるだろうからである。ここで重要なのは、私生活にまつわる情報であるから、あるいはないから、といって、直ちにプライバシー該当性が判断されるわけではないということである。

五　他の権利（自己決定権等）との調整のあり方

プライバシーの法的保護を論ずるに当たって、近接する他の権利（自己決定権等）との概念上の整理ないし利益衡量のあり方をどこまで意識するべきか。これは、プライバシーの概念構成の多元的構成の問題意識を敷衍するものであるとも評価できる。

この点、民法学説には、両者を敢えて自己決定権として一元的に理解する少数説[52]があるが、憲法学説上の有力説は、プライバシー権と自己決定権とは別個の範疇の権利として捉えている（しかしながら、これらはともに広義には憲法一三条の幸福追求権に根拠を有するものであるため、全くの関連性が無いわけではない[53]）。これに対し、この二つの権利を広義のプライバシーの権利であるとして、より関連付けて捉えることを主張する批判説もみられる[54]。

これに対し、エッィオーニは、両権益を別個の問題領域であるとしながら、これを非常に密接かつ連環的に理解する構成に立つ[55]。即ち、善の重要部分つまり共有される価値については社会が形成し保持するが、善のかなりの部分については個人の私的選択にも委ねるという形をとり、ただしそれは、コミュニティによって十分な透明性が保証される限りにおいてであると考えるのである。具体的には、プライバシーの（アトム的個人主義に根差す）過剰保護を控えて共通善への貢献を引き出しつつ、私的選択の抑圧をできるだけ回避するという方向性を採用する。

彼のこのような発想は、個人主義的見解に依拠する憲法学上の学説にはみられないものである。その意味で、プライバシーと自己決定を別個の問題と考えつつも双方ともに幸福追求権の一部として位置づける見解とも、これらをともに広義のプライバシーの問題と位置づける見解とも、異なるものであるといえるのではないだろうか。

このような、プライバシー権と自己決定権との関係性については、日本民法学説上、さらなる探究がなされてもいる。本稿では、そのうち、次のようなものについて検討した。即ち、職場における不利益処分の問題について、国家、社会、個人の相互連関構造に関する現代法理論に基づくプライバシー権と自己決定権の関係の理解を追求するもの[56]、市場における外国人差別の問題について、公共性を重視する観点から「契約の自由」を再構成し、契約・市場における平等を重視するもの[57]、家族とプライバシーの問題について、日本における三重のパターナリズム（管理国家、企業社会、日本的画一主義）に抗するための近代法パラダイムの現代的発展としての自己決定権の役割を重視するもの[58]、以上三つの見解

である。

この点、エツィオーニの議論は、ＩＣＴがこれらの問題領域を跨って広く導入され、公（国家）と私（市場）の領域が複雑に絡まることで解決の糸口が見えない問題が発生する状況にあって、伝統性と現代性とを融合させたコミュニティの秩序と、そこに所属する個人の自律のバランスを追求することで、課題の解消を図るものである。このアプローチは、日本民法学のこれまでの検討に対し、コミュニティと個人の関係を一定程度肯定的に捉える現代法的立場をより深化させるものであると評し得る。彼の見解は、技術革新により大きな社会変革に至ると謳われる時代にあって、市場主義の行き過ぎに批判的な立場から、個人のみならずコミュニティの平等をも追求することで、その自己決定（私的選択）を保護するという特徴がある[59]。

また、プライバシー権との比較考量が求められる権益としては、これまで検討してきた自己決定権以外に、（身体・健康と結びつく）平穏生活権が重要性を増している[60]。この権益の射程は、暴力団や高度な危険を有する研究施設、原子力発電所等の団体や、その他自然人の行動により生活の精神的平穏が脅かされたり、不安感が惹起・憎悪されたりしている場合の法的処理に関する問題にも広がりを見せており、本稿の検討対象とする問題領域において、重要となっている。

この点につき、エツィオーニはあくまで共通善（公共の安全や公衆衛生）という公共の利益の達成という観点からアプローチする立場を採用している。そのため、平穏生活権とプライバシー権という、個人に帰属する具体的な権利間の衡量にあたっては、彼の検討は必ずしも示唆を与えるものではないとも評価し得る。しかし、この平穏生活権は、近時、地域において平穏な生活を送るための人々の権益の問題として、かえって公共性を帯びたかたちで主張されるようになっている。そのため、プライバシーと共通善の慎重な調整を行う彼の議論に学ぶところは少なくない。

すなわち、エツィオーニは、コミュニティの安全や衛生を害し得る者に対し、その危険に関する情報の透明性を担保

したうえであれば、私的選択の抑圧は回避する可能性があるという方向性を採用する。このことは、この場面では、次のような形で作用することになろう。すなわち、何らかの危険を有する者について、その危険に関する情報を、コミュニティの安全や衛生を管理するシステムに適切に提供させ、緊急時には適時の避難誘導等がなされるのであれば、当該地域での生活等を認めることもあるということになろう。

（33）本稿序章第一節第一款三―三注（41）参照。この類型論を重視する民法学上の学説としては、本稿第一章第二節第二款二、六、同節第三款二、三参照。

（34）本稿第二章第二節第三款四参照。

（35）本稿第一章第一節第二款参照。

（36）本稿第一章第二節第二款二参照。

（37）プライバシーの法的保護の歴史的展開につき、本稿序章第一節第一款二等参照。

（38）このような観点を重視する日本の研究がないわけではない。むしろ、近時そのような研究は次々と発表されるようになっている。例えば、福田雅樹・林秀弥・成原慧（編著）『ＡＩがつなげる社会――ＡＩネットワーク時代の方と政策』（弘文堂、二〇一七）、平野晋『ロボット法』（弘文堂、二〇一七）、角田美穂子・工藤俊亮（編著）『ロボットと生きる社会　法はＡＩとどう付き合う?』（弘文堂、二〇一八）、弥生真生・宍戸常寿（編著）『ロボット・ＡＩと法』（有斐閣、二〇一八）、山本龍彦（編著）『ＡＩと憲法』（日本経済新聞出版社、二〇一八）等。また、訳書として、ウゴ・パガロ（著）、新保史生（監訳）『ロボット法』（勁草書房、二〇一八）。しかし、民法学の観点から特にプライバシーの問題について検討する研究は、なお盛んであるとは言えない状況にある。

（39）一元的構成として、本稿第一章第二節第二款参照。二元的構成として、本稿第一章第二節第三款。多元説の萌芽として、本稿第一章第二節第四款。

(40) プライバシーの権益につき、重層的な概念構成を志向するものとして、本稿第一章第二節第二款四、六、第三款二、三参照。
(41) 本稿第一章第二節第三款参照。
(42) 本稿第二章第二節第一款二―一参照。
(43) 本稿第一章第二節第二款三参照。
(44) プライバシーの権益の理解に関する学説としては、個人を基点として捉えるものが大半である。その嚆矢として、本稿第一章第二節第二款一参照。社会基底的に捉える構成として、本稿第一章第二節第二款四参照。
(45) 本稿第一章第一節第二款参照。
(46) 本稿第一章第二節第二款四参照。
(47) 宴のあと判決については、本稿序章第一節第一款二注(13)、第一章第三節第二款一―一における検討を参照。
(48) 本稿第一章第二節第二款一参照。
(49) 最高裁の方向性については、本稿第一章第一節第一款における検討を参照のこと。
(50) 本稿第一章第二節第三款一―三(二)参照。
(51) 本稿第二章第二節第二款三参照。
(52) 本稿第一章第二節第二款五参照。
(53) 同前、参照。
(54) 同前、参照。
(55) 本稿第二章第二節第二款二―三参照。
(56) 本稿第一章第二節第六款二―一参照。
(57) 本稿第一章第二節第六款二―二参照。
(58) 本稿第一章第二節第六款二―三参照。
(59) 自己決定の問題について、吉田克己や吉村良一の方向性を、エツィオーニと類似する観点から批判する論者として、吉田邦彦が挙げられる。吉田(邦)は、「自立支援・自律保障」と「弱者保護」との間に大差はなく、自律・私的自治を強調

していると、市場主義的・新自由主義的保守思潮、冷淡な自己責任論に絡めとられる危険性があるため、「弱者保護」を重視する観点から、政策論をきめ細かく展開する必要性があると主張する（吉田邦彦『民法学と公共政策講義録』（信山社、二〇一八）一〇―一一頁）。しかし他方で、生き方としてのＬＧＢＴの問題や先住民の統治権にかかわる領域等、非市場的・非取引的な人格問題・統治問題においては、自己決定が進歩的に重視されるべきであるともする（同前書・一一頁）。

（60）本稿第一章第二節第六款三参照。

第二款　プライバシーの理論的再構成の動きとの比較

ここでは、プライバシーの権益の理論的再構成を行う学説と、エツィオーニの議論との比較を――すでに序章にて先取的に検討しているため繰り返しになるが、より詳細に、あるいはまた異なった角度からも――行うこととする。

一　脱人格権構成との比較

プライバシーの脱人格権構成とは、プライバシーの権益について、ある種の財産権であると再構成するものと、個人情報の情報主体と事業者間の契約責任（付随義務ないし信認・忠実義務）に着目する構成を指す[61]。前者は、情報取引のイニシアチブを情報主体の手に取り戻し、社会的費用を事業者に内部化することを狙う見解である。後者は、事業者に対して契約に基づく比較的重い義務ないし責任を課すことで、消費者保護の実効化や（特に信託構成は）ビッグデータの活用による利益の享受と個人の権益の保護の両立を狙うものである。

このような再構成の動きに対し、エツィオーニは情報の多角的利活用の問題において、当事者の意思ないし同意に着

目する意義が減退していると考えており、また、本問題を、単に事業者と消費者個々人の分離された市場の問題として捉えるのではなく、より地域社会等のコミュニティにひきつけたうえで理解することを志向する。

そのため、まず、前者のような傾向については、エツィオーニは批判的であると考えられる。なぜなら、彼はそもそも、プライバシーを個人の神聖な財産であると捉えることに否定的であるからである[62]。古典的な、プライバシーを財産権と考える傾向は、個人の権利はその行使が他人の自由を侵害しない限り主張することができるものであり、その意味で制限が課されていると認識していたものの、その制限が社会的に構想された善に奉仕することを考慮したものでなかったと言える。このような問題については、安全や公衆衛生などの社会的利益にかなう情報の利活用については、その情報の提供について個々人の意思の問題に委ねてもよいのか、という観点から捉えなおすこともできよう。このような公共的な利益に適うデータについては財産権構成の例外とする方向性もあり得ようが、あらゆるデータを思いもよらぬかたちで活用することになるサイバー時代においては、その例外が広くなりすぎ、結局財産権構成を採用する意義は必ずしも大きくはなくなるかもしれない。

ただ、逆にいえば、社会的に構想された善に奉仕することを考慮した構成であれば、エツィオーニの方向性と矛盾するものではないことになる。そのため、ビッグデータの利活用による公益に配慮し、「同意原則」の転換を主張する信託構成とは必ずしも矛盾しない点には留意すべきであろう。エツィオーニの、一次的収集の是非から二次的利用の不当性へ着眼点をシフトする必要性を訴え[63]、二次的利用段階における事業者等の責任の詳細を追求する方向性（後述）は、信託構成の採用する事業者の忠実義務を具体化するものであるとも評価できる。しかし、エツィオーニの見解を日本法に取り込む際に、信託構成を媒介とできるか、あるいは、すべきかについては、さらに検討すべき課題が残されているだろう。

二　脱アトム的個人主義の潮流との比較

脱アトム的個人主義の潮流は、次の二つの流れから構成される。

一つ目は、マクロの視点から、国家に対する「私的領域における行動や思想や情報の開示に関する放棄できない自己決定の自由」と、社会に対する「情報の相互の獲得と利用に関する行為規範の順守を要求できること」という二つのプライバシーを析出するものである。またもう一つは、ミクロの視点から、個々人の多様な人間関係におけるやりとりに社会的要素があることを認め、その社会関係を維持するためにプライバシーは一定の制約をうけなければならないことを前提に、プライバシーの保護について論ずるものである。(64)

昨今、個人に関する情報の多角的な利活用は、もはや国家と市場の領域を跨ってなされており、双方の事情が互いに影響を与えあっている。このように、公私の領域が密接に絡まり事態が複雑化していることから、本問題では、この二領域の絡み合いに対応するものとして、コミュニティの役割が重要となるとエツィオーニは措定する。(65)すなわち、自社の利益や市場の効率性を追求する私企業と、国民の効果的な管理を追求する国家が、新たなＩＣＴの活用に当たって関連性を深めていく最中にあって、企業や国家とはまた異なる価値観を奉ずる様々なコミュニティが、企業や国家による情報の不当な利活用をコントロールする役目を果たすべきであるとする。

そのため、「対国家のプライバシー」と「対社会のプライバシー」を分類する脱アトム的個人主義の試みへの示唆としては、「対社会のプライバシー」という分類における「社会」の内実を問う必要性を明らかにしてくれる。本問題では対国家と対市場の問題が複雑に絡み合っていることに留意すべきであり、対国家＋対市場、対社会＝コミュニティ（市民社会）という形で市場を位置付けたうえで検討する意義もあることを、エツィオーニは示唆している。

また、エツィオーニは、今日のコミュニティを、伝統性と現代性とを融合させた多重的なものと捉え、個人はこのよ

うな社会に積極的な意味で構造化されていると措定する。[66] すなわち、アトム的な「強い」個人像を幻想とし、単に社会化された個人像を肯定するのみならず、個人はまさにその「社会的であること」によってこそ「自然の」人間性が高められる存在であるとする意図が含まれている。共通善に貢献する限りでプライバシーの過剰な保護を控えるという姿勢は、個人情報保護の過剰反応に批判的な、脱アトム的個人主義の方向を採用する見解と共通する方向性であるといえる。

この点、脱アトム的個人主義の潮流のうち、ミクロの視点に着目する見解が、基本的には報道によるプライバシー侵害を念頭におきつつ、総合的にプライバシー概念の再構成を図る一方で、エツィオーニは主としてＩＣＴの発展の結果生じるようになった情報の多角的利活用の問題におけるプライバシー保護の検討をアドホックに行っている点で違いがある。その意味でエツィオーニは、マス・メディアの表現行為による侵害に対する、ほうっておいてもらう権利構成を必ずしも否定するものではない。ただ、ほうっておいてもらう権利構成が行き過ぎると共通善に対する配慮が足りなくなりうることには留意をする。

さらに、日本のミクロの視点から検討する見解が、人とのコミュニケーションに着目する研究を基礎として権利構成をするのに対し、エツィオーニは、ＡＩ（と）のサイバーネーションに着目する立場である。彼は、人間が社会的生物である以上他者とのコミュニケーションをせざるを得ないことを前提に、不当なコミュニケーションにどう対処するべきかという古典的な問題と並列的に、ＡＩと情報のやり取りをせざるを得ない時代における新たな問題を、サイバーネーションという要素を媒介として論じていると評価することができる。この、人がサイバー社会を生きるにあたって必然的に行われることになる情報のサイバーネーションについて、脱アトム的個人主義の立場からの対処の方向性を示唆しているという点で、エツィオーニの検討は重要な意義を有するものであり、この点は次述する脱権利論との比較とも密接にかかわってくる。

三　脱権利論との比較

脱権利論は、従来はもっぱら個人に帰属する利益であると考えられてきたプライバシーの問題が、昨今では情報システムの管理の問題になってきていることを根拠に、これをもはや個人を離れた公共的な問題であると考え、プライバシーを「表現の自由」のような社会公共的利益と考えることを構想する[67]。そのことによって、「侵害」概念の拡張や・変容や、救済における焦点の変更等が期待されるとする[68]。

このようなプライバシーの社会公共的利益化の議論に対しては、エツィオーニも、プライバシーの権益それ自体に公共的な観点を含ましめることに肯定的である。

この点、共通善の理解に当たって、エツィオーニが重視するのは、ある価値が広く共有され構造化されているかということである[69]。ただ、ここでは、所与の価値が所与のコミュニティの共通善であることを宣言することは、ある社会の全てのメンバーがそのことに同意し、彼らがみなその命令に従って生きることを意味しないと考えている。そのため、ある社会が政治の発展よりも経済的発展を優先するものとして共通善を定義したり、あるいはある特定の宗教を固守することを共通善と定義したりしても、エツィオーニはまさにその所与の社会ではその共通善として、それが「善」であるとされていることを必ずしも軽視しないという。そうであるならば、プライバシー保護そのものを重要な善と考える地域の価値観も、場合によっては軽視しないとも考えられる。つまり、プライバシーを共通善と捉え、その保護を重視するソロブの方向性とも必ずしも矛盾しないこととなるのである。

ただ、彼自身の政策論としては、これを完全に公共的な利益であると措定する方向性は採用しない。彼はプライバシーの要素のうちの、センシティブさの解釈のレベルにのみ公共的な観点を組み込むのである[70]。このセンシティブさの理解は、単に裁判官が社会的な価値に基づいて決定したり、議会の法律によって決定されたりするのではなく、共有された

社会的価値を反映し、リベラルな民主主義の過程やモラル対話による、良い意味での政治の産物であるべきであるとする。そのように解することで、具体的には、（ある地域社会で）収集されたセンシティブな情報が蓄積されるデータベースをその他のデータベースと統合する（グローバルな）流れを拒絶したり、そのような情報を「囲い込む」ことによって却って生ずる、センシティブでない情報を利用したセンシティブな情報の特定を不法なものであると主張したりすることができるようになるように思われる。このような方向性は、プライバシーの権益の完全な公共的利益化を志向するものではないが、個人の権益の保護と、個人の権益に還元されえない公共的利益の保護の、二段構えの構成を志向するものと理解することはできるだろう。しかし、この点については、なお理論的に詰めていく余地ありという状況にあるといえる。

また、脱権利論の重視する、情報システムの管理の問題については、エツィオーニは、サイバーネーション及びアカウンタビリティという要素を用いることによって、自己情報コントロール権構成に取り込んでいると評価することができる(71)。

四　監視社会論との比較

この議論には、「国家による監視」と「その被害者たる個人」の問題と捉える方向性と、むしろ「監視を望んでいるのは我々自身でもある」という観点から検討する方向性があることを、本稿では確認した(72)。ただ、いずれの方向にせよ、ここでは、監視を許容するための公共的な利益の具体化と、公共による個人の抑圧の危険性への配慮をいかなるかたちで行うか、その検討が求められている。

この点、エツィオーニのいう公共の利益、即ち共通善とは、具体的には、次のようなものである(73)。ある所与のコミュ

ニティやその組織の全てのメンバーに寄与するような善の集合のことで、ある識別できる特定のグループに寄与するわけではない善や、まだ生まれていない世代に寄与する善をも含むものである。具体的には、アメリカの判例を基礎としつつ、法と秩序の擁護、犯罪の抑止と予防、不慮の死や負傷の予防、公衆衛生の促進が挙げられるとする。また、これらに加えて、彼は環境保護運動の成果を非常に積極的に評価するため[74]、環境保全という公共的な価値も共通善に含まれ得ると措定してよかろう。

このようなエツィオーニの議論は、「監視社会」論との関連では、むしろ「監視」によってわれわれが利益を受ける最たる場面として、（環境保全をも含む広い意味での）公衆衛生に決定的な役割を果たす各種検査ないし当該情報の提供の重要性を教えてくれる。このことは、例えば感染症の流行や、何らかの工場からの化学物質等の流出の問題や、場合によっては「安全」という概念では掬いきれない事案にも応用できる、われわれ市民にとっても有用な観点であると思われる。

つまり、エツィオーニの議論は、より広範な監視を認めるものである。そのために、これまでも彼はプライバシー終焉論者として捉えられてきた嫌いがあるのである。そこで、このような批判に応ずるため、公共の利益と個人の権益の間のより慎重な調整が求められることになり、彼は、「自律と秩序の逆転共生」という発想や、プライバシーの不要な侵害を防ぐためのリベラル・コミュニタリアンのアプローチに関する四準則を重視するのである。この観点から、エツィオーニは、秩序が強すぎても自律が強すぎても両者の理想的な共生は達成されないとし、そもそも秩序の過度の強調を肯定せず、さらに、「プライバシー保護のための社会政策モデル」で警戒（予防）原則のプライバシーに対する濫用を抑止するのである。

ここで留意しておかなければならないのは、エツィオーニは、ＡＩの活用による社会の価値観の分断や人々の行動の

萎縮効果に対しては否定的であるということである。そのため、ときに監視社会迎合論者とも受け取られる彼であるが、街それ自体や建物の物理的な構造とインターネットないしＩＣＴの構造による複合的な「アーキテクチャによる支配」が達成された社会において、人間が全面的に管理されることを肯定するものでは必ずしもないのである。しかし他方で、彼は、伝統性と現代性とを兼ねそなえたコミュニティが個人に与える影響を重視する立場であるため、新たな（特に安全・衛生を充実化する）ＩＣＴによって、個人の自律がさらなる変容を遂げることについて、必ずしも否定しないことについては、やはり留意しておかなければならない。

（61）本稿序章第一節第二款一―一参照。
（62）本稿第二章第二節第一款一―一参照。
（63）本稿第二章第二節第一款二―一参照。
（64）本稿序章第一節第二款一―二参照。
（65）本稿第二章第二節第一款二―二参照。
（66）本稿第二章第二節第一款二―三参照。
（67）本稿序章第一節第二款一―三参照。
（68）本稿第一章第二節第二款三―二参照。
（69）本稿第二章第二節第二款一、特に一―二参照。
（70）本稿第二章第二節第三款一、特に一―一参照。
（71）本稿第二章第二節第三款三参照。
（72）本稿序章第一節第二款一―四参照。
（73）本稿第二章第二節第二款一、特に一―一参照。

（74）本稿第二章第三節第二款二―三参照。

第三款　本稿の提示した課題に対する応答性

ここでは、本稿序章で設定し、第一章第三節で若干敷衍した三つの課題に対する、エツィオーニの議論の応答性を検討する。即ち、第一に、情報の利活用を行う事業者等にいかなる責任を負担させるか、第二に、情報の利活用に関するイニシアチブをどの程度「情報主体」に持たせるか、第三に、利活用による公共的利益と個人の権益のバランスをどのようにとるか、以上の課題である。これらの点について検討することで、エツィオーニの見解の日本民法学に対する意義と限界を示すことにする。

一　情報の利活用を行う事業者等にいかなる責任を負担させるか

ここで求められるのは、ＩＣＴを活用した多様なサービスによる、（身体・生命と関わる）平穏生活権益の充足やその他様々な便益の達成と、情報処理によるプライバシー・自己決定の侵害の防止のバランスである。(75)

一―一　プライバシー保護の基準

エツィオーニは、ＩＣＴの高度化した社会においてプライバシーは、次の要素を相関的に考慮して保護されると考えるべきであるとする。即ち、ⓐ単に立法や司法に従うのみならず、コミュニティによって共有された社会的価値をも反

映すべき「情報のセンシティブさ」、ⓑ情報の単純な「量」と種類の幅を示す「帯域幅」によって計測される「情報のボリューム」、ⓒ情報の蓄積、突合、分析、流通といった、プログラムによる自動処理の程度を示す「サイバーネーション」、ⓓ情報収集者がシステムを適切に管理しているかを評価する「アカウンタビリティ」、以上の四要素である。(76)

一―二　特にサイバーネーションについて

サイバーネーションは、情報の蓄積（保管）、対照（突合）、分析、流通の各要素からなる。(77)

蓄積（保管）は、サイバーネーションの最初の規則であり、「情報が蓄積されるか、すぐに消去されるか」の判定をまず課す。もし情報が蓄積されていたら、第二の規則として、「情報が保持される時間の長さ」が問題となる。

第二に、対照（突合）については、リンクされた全てのデータを一つとして扱い、情報の集積に制限を課すことを求める。(78)

第三に分析はまず、「分析が少しもなされていないか」を判定する。つまり、「未加工のデータの単なる使用」と対比される。さらに、「どれくらいの、また、どのような種類の新しい情報が分析を通じて得られたか」を評価する。ここで、「センシティブでない情報を利用したセンシティブな情報の推測・特定」が問題となる。(79)

この、センシティブでない情報を利用したセンシティブな情報の推測をプライバシー侵害と捉える方向性については、日本法においても、既に次のような批判がなされている。すなわち、問題となっている情報の秘匿性が高いとしても、また、本人がその情報を開示されたくないとしても、加害者側はセンシティブな情報を予測しただけで直接取得したわけではないから、従来のプライバシー権の保護の対象とはならない、というものである。(80)

この点、確かに従来のプライバシー保護の発想からすると、このような行為の違法性を認定することは困難かもしれ

ない。しかしながら、このような分析技術の精度はすでに非常に高まっているため、何らかの形で対応しないと、潜脱的な行為の横行を許すことになりかねない。加えて、この手の情報分析による不利益を免れたい者は、多くの活動に対して消極的にならざるを得ず、行動の萎縮につながる危険性がある。そのため、このような情報分析は、今日においてはプライバシー侵害と考えるべきであろう。

第四に、流通は、法律や規則によって制限されている範囲、共有されている情報のボリューム、その情報を共有している機関の数が判定基準となる。

一―三　複合的考慮

また、その他の要素との複合的考慮として、以下のような場面が具体的に検討された[81]。

まず、低ボリューム、低センシティビティ、サイバーネーション無しの場合は、そもそもサイバーネーションを予定していない場合が多いため、収集された情報は最初の使用の後、あるいは特定の期間の経過後に、消去される必要があり、その共有は禁止されるべきであると主張する。

次に、高ボリューム、低センシティブさ、限定的サイバーネーションの場合のうち、収集する情報のセンシティブさが比較的低い場合は、サイバーネーションの程度に着目することになる。かかるサイバーネーションの範囲、性質が限定的である場合は、その利活用は許容されるべきということになる。これに対し、利活用する情報のセンシティブさ、ボリュームの程度が――高ボリューム、低センシティブさ、限定的サイバーネーションの場合のなかでも――より高度なシステムを活用する場合は、サイバーネーションを統御するために求められるアカウンタビリティの程度が、より高水準になるということになる。

そして、高ボリューム、低センシティブさ、高サイバーネーションの場合は、たとえセンシティブさが低い場合であっても、高ボリュームである点で上記の場合とは異なるため、一層サイバーネーションを制限する適切な手段が施されているかが問題とされる。

最後に、高ボリューム、高センシティブさの場合は、サイバーネーションはより高度なアカウンタビリティによって制御されていなければならないという。このようなシステムにおける不当性の判断要素は、以上のように適切なアカウンタビリティが施されているかということと、現に情報漏えいが起きているか否かという点であるということであった。

このような議論は、情報システムの管理について、システム上の欠陥等により外部から不当にアクセスされる等して本人確認情報が容易に漏えいするかどうかを問題にする最判平成二〇年三月六日の判断枠組みを、より精緻化するものである。これからは、外部からのハッキングへの対処のみならず、複雑化するシステムそれ自体の過剰な情報処理への対処をも考えあわせたうえで、システムの管理を行わなければならないのである。

一―四　プライバシー保護の具体的方策――特に情報処理をするＡＩのＡＩによる監督

プライバシー保護のための具体的な方策としては、次のようなものが挙げられる。すなわち、情報の最小化、特定期間後の情報の消去（アクセスできなくすること）、デジタル化の禁止[82]、管理システムへの暗号化の導入、技術の発展による「再調整」、再識別化や非匿名化への対策、そして、いま喫緊の課題になっているのが、情報分析を自動的に行うＡＩの統御ないし監督をいかに行うかである。このＡＩの統御という課題の対応策としてエツィオーニらが重視するのが、ＡＩによるＡＩの監督である。

なぜＡＩのＡＩによる統御が求められるのかというと、それは、ＡＩの有する次の性質に応答する必要があるためで

ある。すなわち、ＡＩの判断過程のブラックボックス化、ＡＩが学習し続けるシステムであること、ＡＩがある種の「自律性」を増していること、以上の三つの性質である[83]。

それでは、情報分析を行うＡＩのＡＩによる監督はどのように行われるのか。まず、ＡＩの判断の法的妥当性については、以下のような監督がなされる[84]。ⓐＡＩの（学習内容の当否についてはさしあたり問わないかたちでの）判断結果の妥当性、ⓑ（判断結果それ自体というよりもむしろ、学習内容に起因する）学習結果の妥当性、ⓒデータベースのセキュリティ状態の妥当性、ⓓ情報の処理過程（サイバーネーションのあり方）の妥当性、以上の四段階の妥当性判断である。次に、ＡＩの判断の倫理的妥当性については、以下のような監督がなされる。すなわち、ⓔ個人の選択に委ねられた領域における、倫理にかかわる選択に対してなされるＡＩの補佐の、当該個人の選好に照らした妥当性判断である。

このようなＡＩのＡＩによる監督を、エツィオーニは第一義的には裁判所等の法的機関等が活用すべきであると考えているようだが、アカウンタビリティの一手段として事業者が外部機関等に委託すること等を求めることもできよう。

以上、一―一から一―四まで検討した点については、単に私法上の観点から求められる事業者の責任を明らかにするのみならず、個人情報保護法の運用にも一定の示唆があるといえる。ただし、ＡＩによるＡＩの監督については、さらなる争点として、ＡＩを監督するＡＩをどのように監督するのか、という重大な問題が残されることになる。

二　情報の利活用に関するイニシアチブをどの程度「情報主体」に持たせるか

ここで検討されるべきなのは、プライバシーの権益に含まれる社会性、自己決定権等の他権益との調整を踏まえた上での、プライバシーの法的構成である[85]。より具体的には、第一に、プライバシーの権益について、どの要素が個人の観

点から理解され、どの要素がコミュニティの観点から理解されるべきかが問題となる。第二に、プライバシーの権益について、脱アトム的個人主義の観点から再構成する見解と、情報システムの管理の問題を重視し公共的利益化を図る方向性の統合と、さらに、リージョナル・ローカルなプライバシーのあり方との接合を図る必要がある。第三に、プライバシーの権益と、自身や他者の自己決定・（身体や健康と結びつく）平穏生活権との調整のあり方を検討する必要がある。

これまで何度も言及するように、エツィオーニは、脱アトム的個人主義の観点から、コミュニティ基底的プライバシー・自己決定観に立っている。より細分化してその構成を検討すると、次のようになる。

まず、エツィオーニは、技術の発展によって、人々が社会運動に基づいて社会を変革していく力を失うことを危惧していることから、彼がプライバシーや私的選択を重視する根拠としては、「人が社会ないしコミュニティを形成する自由」のようなものを想定していることがわかる[86]。しかもこの自由は、官民のサービスにおけるＡＩの影響力が大きくなりつつある昨今にあっては、人類が社会を形成する自由というようなものであると評価することもできよう。

次に、プライバシーは、個人が何らかのことにつき監視されたくないと考えていることを（地域）社会が信頼することが根拠であり、私的選択は、（地域）社会の無関心ゆえに生じる個人（あるいは集団）の完全な自由と構成される。この「社会の無関心」は、事実的歴史的なものというよりも、当為的なものも含まれると思われる。そうしないと、不当な差別を、「慣習として認められてきたから」という事実のみからいつまでも温存しかねないからである。

ここで、プライバシー保護に当たって結局のところ重要となるのが、当該地域がいかなる善を共有しているか、である。エツィオーニの考える共通善は、ある社会で広く共有され構造化されている価値ではあるが、必ずしもある社会の全てのメンバーがそのことに同意し、彼らがみなその命令に従って生きることを要求するものではないという。具体的には、彼はそのような共通善として安全や公衆衛生を想定しているが、ある地域社会が何らかの宗教的価値やプライバ

シー保護を共通善と考えたとしても、必ずしもこれを軽視しないという。

このことを敷衍すると、安全や衛生を追求し、平穏生活権益の充足を重視する地域では、情報システムによる見守り等を進めるため、あらゆるシステムを導入するうちに、その分プライバシー保護の問題が情報システムの管理の問題と等しくなっていくように思われる。一方で、プライバシー擁護的な地域であれば、情報の利活用をおおよそ拒否するか、あるいは、部分的な導入しか進めないという構成を採ることも、この段階ではあり得るように思われる。そこでは、プライバシー侵害の主戦場は、コミュニティが囲い込む情報を事業者が特定するためになされる、センシティブでない情報を活用したセンシティブな情報の推測の問題となるだろう。そのため、先端的な情報システムをそもそも導入しているか、導入しているとして、どのようなものを導入しているのか、どの年代の技術を活用しているか、といった事情によって、プライバシー（保護）のあり方は、地域によってばらつきが生じることになりそうである。つまり、人々が生まれ育つコミュニティがプライバシー擁護的であるにせよ、そうでないにせよ、その影響を受けて形成される人々のプライバシー観は、それぞれが帰属するコミュニティに根差す形で徐々に多様化していく可能性があると思われる。ただし、コミュニティの価値観の影響を考慮するのは、繰り返すように、プライバシー保護四基準（センシティブさ、ボリューム、サイバーネーション、アカウンタビリティ）のうち、センシティブさについてのみである。そのため、プライバシーの理解を地域社会等コミュニティに完全に委ねる方向性を採用するわけではないため、その多様化のあり様にも一定の限度はあるだろう。

この点、エツィオーニの提示するサイバー時代におけるプライバシーの保護基準は、サイバーネーションという要素を重視することによって情報システムの管理の問題を重視する見解を取り込んでいるものの、構造それ自体は自己情報コントロール権構成に類似する。ただ、脱アトム的個人主義の観点から再構成したものであるため、自己に関する情報

を意のままに「コントロール」するというような強い効果を認めるものではない。一定の情報の利活用を前提としたうえで、不当なサイバーネーションに抗う効果を認めるものであり、サイバーネーションからの完全な自由を認めるものでは必ずしもない。

以上のような彼の見解をプライバシーの法的構成として整理するのであれば、本問題類型におけるプライバシーの権益は、脱アトム的個人主義、情報システムの問題を重視する観点を踏まえ、サイバーネーションの統御に着目して自己情報コントロール権を再構成したものであるということになる。そしてその基礎には、ほうっておいてもらう自由や、社会の評価からの自由というような、ある種消極的なものではなく、人が社会を形成する自由というような、より積極的なものが据えられていると評価できる。

このような構成について残されている重要な課題としては、人によるプライバシー侵害類型全般や、インターネット上の表現行為の問題との総合的考察が挙げられる。エツィオーニの見解は、AIによる情報分析という新たな問題類型に対する応答をアドホックに検討しているに過ぎない。そのため、より総合的な観点からプライバシー保護のあり方を検討しなければならないのである。

三　利活用による公共的利益と個人の権益のバランスをどのようにとるか

ここで個人の権益との比較対象になるのは、プライバシーの権益に必然的に含まれる社会性とはまた異なるレベルの公共性である[87]。個人の権益としてのプライバシーには、その内実としてコミュニティないし地域社会の価値観が必然的に含まれているが、その法的保護の是非を判断するにあたって、それらコミュニティの違いを超えた全国的・普遍的に共通する利益と衡量する場があると措定するのが本稿の立場である。

具体的には、一地域社会を超えた、より広域に妥当する安全・公衆衛生・環境保全などの公共の価値や、個人のみならずコミュニティ間の（経済的）平等が、ここで個人の権益と比較される公共的価値である。情報の利活用によって得られるこれらの利益が勝る場合には、プライバシーや自己決定の法的保護は劣後し得ることとなる。

三―一　広域的に妥当する価値としての安全・公衆衛生

この点、既述の通り、エツィオーニは、プライバシー保護そのものを重要な善と考えるコミュニティの価値観を、必ずしも軽視しない立場である。例えば地域社会のレベルでいえば、新たなＩＣＴを（あまり）活用しないような街づくりを頭ごなしに否定するものでは決してないのである。しかし、プライバシー擁護的な傾向が長じた結果、そのコミュニティで生活する者に不都合が生じ、公共的な価値の充実化を図る方がかえって当事者の保護に資する場合もある。そのような例として、ここでは安全と（広義の公衆衛生としての）環境保全に係る問題について若干の検討をする。

まず、安全にかかわる具体例として、例えば、家庭内暴力や、認知症高齢者・精神障害者の徘徊（から生じる徘徊者による加害）の問題が挙げられる。家庭内暴力の問題については、すでに、加害者側のプライバシーと被害者側の生命・身体に関する権益が対立構造にあることを見た。後者の認知症患者や精神障害者の徘徊の問題については、ＧＰＳ等を把握する装置による見守りシステムが実用化されているが、そのような監視を推し進める方向性に懸念が表明されている(88)。

また、広義の公衆衛生にかかわる具体例としては、公害の防止や環境保全が挙げられる。一方で、汚染物質の排出等、環境を害するような行為をＩＣＴでもってモニタリングし、かかる情報を積極的に提供させることで、公害・環境汚染を未然に防ぐことが可能になる。また他方で、以上のような環境汚染に関する情報とともに、地域住民の位置情報を細

密にモニタリングし、避難指示等をするシステムを構築することができれば、人々の生命・身体という個人的な権益の保護に資するのみならず、ひいては安全という公共的な価値を充実化することにもつながるのである。

このような技術の活用については、エツィオーニは基本的には賛同する立場である。ただし、監視システムの行き過ぎを防ぐために、彼は、プライバシーに対するリベラル・コミュニタリアンのアプローチを特定する、次のような四つの準則を重視している。

①リベラルで民主的な政府は、共通善（公共の安全や公衆衛生）に対して「充分に裏付けられた大規模の脅威」が迫っている場合に限りプライバシーを制限することができる。そこで、共通善かプライバシーがはっきりと害されている強力な証拠がない限り、変化に取り組むべきではない。②共通善が支えられる必要があることがわかったとしても、プライバシーの制限を導入しなくても目的が達成されるかどうか、検討しなければならない。逆に、もしプライバシーに支えが必要ならば、たとえばプログラムへの監査証跡の導入のように、共通善に「損失」を課すことがないような道を探さなければならない。③プライバシーの制限を導入しなければならないとしても、その「侵入の程度」（intrusive）は可能な限り最小限にしなければならない。④必要なプライバシーの低減措置による「望ましくない副作用を改善する」手段をとることが、これらの副作用を無視するよりも好まれる。

この準則に表れているように、エツィオーニは、新たな技術を活用することで安全や衛生が充実化するという事情が確かに存しない限り、プライバシーを侵害する可能性のあるＩＣＴの導入を必ずしも推奨しない。具体的には、すでに安全や衛生が十分に達成・保持されている地域については、無理にスマート化を図る必要はないと考えていると評価できるのである。その意味で、経済的な効率性（事業者の利益）を希求し、社会への技術の普及をやみくもに追い求める立場とは、一線を画していることがわかる。

三―二　新たな社会における平等

新たなＩＣＴの普及は、かえって人々の間の格差を大きくすることもある。例えば、情報産業（のＣＥＯ等）に富が集中しかねないという問題がある。加えて、情報システムを活用した人々の類別化によって、従来から存する差別的取り扱いがより悪化する可能性や、新たな差別が生まれる危険性もある。あるいは、新たな情報通信技術を利用する機会そのものに恵まれないことによって、情報の利活用によって得られるはずの利益を得られない人々が発生し、ひいてはそれが構造的な格差につながる可能性もある。

このような問題に応答するためには、プライバシー・自己決定の問題について、二面性のある対応をすることになる。すなわち、一方では、事業者等（経済的）優位に立つ者に対し、消費者等劣位に立つ者を契約から排除しないよう求める、いわゆる締約強制の観点からの対応である[89]。他方で、それとはまた異なる、消費者等（経済的）劣位に立つ者が、事業者等優位に立つ者との契約を拒絶する際に、後見的な観点から契約の強制的締結を認めるという対応である[90]。

その妥当性の判断にあたって、エツィオーニが次のような平等観に根差す社会の構築を目指すことが参考になろう。すなわち、富裕層の得る利益の上限と貧困層の利益の下限にキャップを設けたうえで、これら富裕層と比較するとわずかしか利益を得られない市民一般の層と富裕層との経済的格差をもできるだけ減らす、という方向性である[91]。そしてこの経済的平等は、個人間のみならず、コミュニティ間においても追求される。

新たなＩＣＴがスマートシティ等のような形で街づくりに活用されるようになると、これまでとはまた異なるかたちでデジタル・ディバイドが顕在化する可能性がある。このような問題を解消し、平等を達成するためのＩＣＴの活用は推奨されるのであり、場合によっては地域やコミュニティに後見的（ないし半強制的）に介入してなされる情報分析についても、プライバシー保護の例外とすることもあろう。

ただ一方で、エツィオーニは、慈善目的でなされる行政的な処分がホームレス等弱者のプライバシーをア・プリオリに認めない方向に作用する傾向があることを問題視する[92]。ここにおいても、平等の達成とそれを根拠とする国家等の介入によるプライバシー侵害との調整という、困難な課題が出来する。

以上、安全・衛生や平等という公共的な価値と、個人の権益の比較衡量に関する検討を行った。ここで示された方向性は、なお課題の残されたものではあるが、従来のプライバシー侵害の事案における判例の判断枠組み[93]と矛盾するものではなく、新たな問題に対応するための一定の指針となるものであると評価できる。

(75) 本稿第一章第三節第一款、第四節の検討を参照。
(76) 本稿第二章第二節第三款参照。
(77) 本稿第二章第二節第三款三―二参照。
(78) 突合の問題について検討する日本の論者として、鈴木正朝がいる。その近時の著作として、鈴木正朝、高木浩光、山本一郎『ニッポンの個人情報「個人を特定する情報が個人情報である」と信じているすべての方へ』（翔泳社、二〇一五）。
(79) このような行為のプライバシー侵害性を主張する憲法学上の見解として、山本龍彦のものが挙げられる。その初期の論考として、例えば、松井茂記ほか（編）『インターネット法』（有斐閣、二〇一五）二八七頁〔山本龍彦執筆部分〕。
(80) 窪田充見（編）『新注釈民法（15）債権（8）』（有斐閣、二〇一七）五四四頁。
(81) 本稿第二章第三節第一款参照。
(82) このような効果を重視するものとして、夏井高人『ネットワーク社会の文化と法』（日本評論社、一九九七）一八九頁以下。この見解は、伝統的プライバシー権を再評価し、「そもそも個人情報をデジタル化させないで放置してもらうことを求める権利」を主張する。

（83）本稿第二章第四節第一款一参照。
（84）本稿第二章第四節第一款二参照。
（85）本稿第一章第三節第二款、第四節の検討を参照。
（86）本稿第二章第三節第二款、特に二―三参照。
（87）本稿第一章第三節第三款、第四節の検討を参照。
（88）例えば、吉田邦彦は、精神障害者の不法行為と監督義務者責任の関係ついて論じる中で、社会防衛的な配慮からミシェル・フーコー的な意味での障害者の監視・管理・取り締まりの強化を行うことは、障碍者福祉の近時の動向と相いれないものがあるため、安易に親・家族による監視を強めることにならないような補償制度が必要であるとする。この点につき、吉田邦彦『不法行為法等講義録』（信山社、二〇〇八）一六三頁等。
（89）この問題に関する最高裁判例として、水産業協同組合法二五条の承諾義務に関する最判昭和五五年一二月一一日民集三四巻七号八七二頁等。また、近時の論考として、谷江陽介『締約強制の理論』（成文堂、二〇一六）。
（90）この問題に関する最高裁判例として、ＮＨＫ受信料の支払いに関する最判平成二九年一二月六日民集七一巻一〇号一八一七頁。
（91）本稿第二章第三節第二款三参照。
（92）本稿第二章第二節第二款三―二参照。ホームレスの居住問題について民法学の観点から検討する日本の論考として、例えば、吉田邦彦「サンフランシスコ市貧困地区テンダロインのホームレス問題・居住問題」同『多文化時代と所有・居住福祉・補償問題』（有斐閣、二〇〇六）第三章。
（93）本稿第一章第二款参照。

【付記】本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇一六年三月二四日授与）「サイバー時代におけるプライバシーの法理論――私法上の問題を中心に――」に対し、加除・修正を施したものである。この点、本号掲載分の内容につい

ても、前回分に引き続き、上記論文提出後に公表されたエツィオーニの論考を前提として加筆をしている。そして、その内容を扱った、下記三つの研究会における拙報告とその後の質疑応答を踏まえた修正を行っている。すなわち、第一に、立命館大学法学部民事法研究会（二〇一七年七月十四日開催）、第二に、科研費基盤研究（A）「新段階の情報化社会における私法上の権利保護のあり方」研究会（京都大学：潮見佳男教授代表）（二〇一八年二月二十四日開催）、第三に、北海道大学法学部民事法研究会（共催：民法理論研究会、二〇一八年八月三日開催）である。上記各研究会において拙報告に対しご意見・ご指摘頂いた諸先生方に（一部前回分からの繰り返しになるが）記してお礼申し上げる。

また、本稿の内容について、日本私法学会第八二回大会（二〇一八年一〇月一三日開催）にて、個別報告の機会を頂いた。